



Title	刑事訴訟法学における同意反復的解釈について
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2022, 72(1), p. 392-370
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/88266
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

松 田 岳 士

一 はじめに

(1) 刑事訴訟法（以下、「刑訴法」という）197条1項但書は、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」と定める。この「強制の処分」の文言については、近時、これを、「〔概括的授権〕では不十分であり、個別・具体的な授権規定が必要な」処分として定義する「規律密度」論⁽¹⁾、「議会が、その前提・状況・結果に関する決定を通して、規制すべき処分」として定義する「議会の自己決定義務」論⁽²⁾、あるいは、「ある捜査手法のエージェンシー・コストが民主主義の健全性を損なうほどに高いことに鑑み、その統制に特別の法的規律を必要とする」処分とする「制度的差止」論⁽³⁾が提示されているが、これらの3見解に対して、筆者は、以前、次のような指摘を行った。

すなわち、「これらの見解は、それぞれ異なる観点からではあるが、行政法ないし外国の議論に依拠しつつ導き出した、捜査法において『特別の定』による授権ないし規制の対象とすべき処分はいかなる処分かという問題に対する自己の主張を、刑訴法197条1項但書の『解釈論』の名を借りて展開しようとした結果、その文言を無視ないし軽視し、同規定を同意反復的なものにするか、あるいは、同規定の『捜査法』としての『法定主義』を『立法指針』としてのそれとして読み替えるものとなっている」。

これに対しては、その趣旨を十分に汲み取った上で、「議会の自己決定義務」論の主張者から、同見解は、「強制処分法定主義の趣旨理解と『強制の処

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

分』概念に意識を払いすぎたことなどにより、両者を直結させることになってしまった」との認識が、また、「規律密度」論の主張者からは、同見解は、「トートロジーから脱出しているとは言えない」との認識が示されている一方で、私見を、これらの見解に対し、単に、そして、一般的に、「語義に合わないという批判をする」もの、あるいは、「文言解釈を厳格に行うか、行わないか」を問題とするものとして理解した上で、これを不当とする指摘や反論も示されている。

すなわち、ある論者は、「現行刑事訴訟法を制定した者が『強制の処分』として何を想定していたか（そもそも強制の処分とは一般的に何を意味するものと捉えるべきかを自覚的に論点化して議論していたか）ははっきりせず、かつ憲法31条における『自由』という文言をどのような意味で用いたのかもはっきりしない以上、目的論的解釈を施さねば立ち行かないと考えるのは自然」であり、「そのような意識のもとに提唱された論者たちの見解〔=上記の3見解〕に対し、語義に合わないという批判をすることは、さほど意味のあることとは思えない」という。また、「制度的差止」論の主張者は、私見を、同見解に対して、「文言解釈の枠内に収まらない配慮を行うという意味で、裁判所の法解釈の正統性やその制度的能力との関係で問題を生じる」旨指摘するものと理解した上で、「文言解釈を厳格に行うか否かと、裁判所が法に基づかない判断を行いうか否かとの間には大きな差が存在」し、「文言解釈の厳格性と制度的能力の間にも関係はない」と「反論」するのである。⁽⁷⁾

(2) しかしながら、上記の3見解について私見が実質的に問題としたのは、これらが、「強制の」という文言の意義を顧慮することなく、もっぱら、捜査機関が、「この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすべきではない」処分とは何かを論ずる結果として、「強制の」という文言の解釈の名の下に、「この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」という文言の解釈を提示している点なのであって、単に「強制の処分」という「語義に合わない」こと（だけ）ではない。

すなわち、この種の「解釈」は、結局のところ、刑訴法197条1項但書を、「この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない処分

は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」旨の同意反復的な規定として理解した上でこれを解釈することに帰着し、立法者が、同規定が定める「法定主義」の適用対象とされる処分を、敢えて「強制の処分」と定めていることを無視し、この文言を実質的に改変することになるという意味で不当なのである。

そうであるとすれば、私見が、「制度的差止」論について、単に「文言解釈の枠内に収まらない配慮を行うという意味」で、「裁判所の法解釈の正統性……との関係で問題を生じる」旨指摘するものではないこともまた明らかであろう。すなわち、私見が、同見解について、「裁判所に、『民主主義的熟議を……ショートカット』すべきことを主張するに等しい」ものであると指摘したのは、同見解が、裁判所に対して、実質的に、「立法者が、『民主主義的熟議』の結果、刑訴法197条1項但書の『法定主義』の適用対象となる処分として選んだはずの『強制の処分』を、『その統制に特別の法的規律を必要とする処分』に読み替える、あるいは、実質的に改変する」ことを企てることになるところ、それは、法の正統性の根拠を「民主主義的熟議」を経て——おそらくはその結果を文言に結実させる形で——成立することに求める同見解の立場と矛盾するのではないかと問う趣旨なのであって、単に「文言解釈を厳格に行うか否か」だけを問題としたものでないことはもちろん、法律の「文言解釈の枠内に収まらない配慮を行う」こと一般と「裁判所の法解釈の正統性」の関係を問題としたものでもないのである。

(3) このように、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」の「解釈」として示された上記3見解の「同意反復的解釈」の問題性について、これを、単に「語義に合わない」、あるいは、「文言解釈を厳格に行うか否か」という問題に矮小化する理解が示される背景には、わが国の刑事訴訟法学において、とりわけ多くの議論が積み重ねられてきた規定について、この種の「解釈」が、「有力説」あるいは「通説」として扱われてきたために、その問題性が認識されてこなかったという事情の存在を指摘することができるようと思われる。

実際、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」の解釈についての「有力説」ないし「通説」とされる重要権利利益侵害説も、実質的には同意反復的な性格

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

をもつものと考えられるが、従来、このことはほとんど問題とされてはこなかった。すなわち、同見解は、同規定の「強制の処分」を、「相手方の意思に反して」、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う」処分の意味に解すべきであると説くが、この定義の下でも、「強制の処分」該当性の判断基準は、結局のところ、それが、「厳格な要件・手続」を「法定」する「必要のある」処分であるか否かに求められることになるという意味において「同意反復的」であることに変わりはないにもかかわらず、この点が不間に付されたまま「有力説」ないし「通説」として扱われてきた。そして、上記の3見解は、まさしく、この問題関心をより純化ないし先鋭化する形で継承してしまったために、その同意反復性をより前面に出すことになったものと考えられるのである。⁽¹⁰⁾

さらに、このような同意反復的解釈は、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」についてだけでなく、——とりわけ、職権主義か当事者主義かという「現行法の基本構造に関する立場の違い」⁽¹¹⁾を反映するものとして、戦後、多くの議論が積み重ねられてきた——同法312条1項の「公訴事実の同一性」の「解釈」論における「総合評価説」にも顕著にみられるところである。

すなわち、同規定にいう「公訴事実の同一性」については、これを、「訴因変更の限界」という機能概念にすぎぬもの⁽¹²⁾、すなわち、「どの範囲で訴因変更を許し、1回の訴訟で事件を解決し、一事不再理の効力の発生を許すのが合理的か、という合目的的判断」に基づく、「具体的事情を総合評価するところの、バランスシング・テストによる利益較量を本質とする」概念である、あるいは、「訴因・罰条の変更制度を媒介として、……一個の手続で処理できる」事実の範囲を画する「高度に評価的な観念」であり、その「〔訴因を構成する〕要素間の関係を総合的に評価し、〔訴因変更が許される範囲と一事不再理効が及ぶ事実的範囲をめぐる〕検察官と被告人との間の対立利益を比較考量して決定される」⁽¹³⁾概念であると説く見解が「有力説」ないし「通説」とされてきたが、この見解も、その主張者自身も認めるように、「問に対して問で答えているに等しく、トートロギーに惰するおそれがある」⁽¹⁴⁾ものといわざるを得ない。

なぜなら、「一事不再理の効力」は、「二重の危険禁止」の法理の下で、訴因

変更が許される範囲に及ぶものとされ、このことをもって、「1回の訴訟で事件を解決」すると呼んでいるのであるから、これらは、結局のところ、「どの範囲で訴因変更を許」すかという問題に帰着するところ、刑訴法312条1項は、「裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならぬ」と定めるのであるから、「公訴事実の同一性」は、まさしく、「どの範囲で訴因変更を許」すかを画する概念にほかならないのであり、上記見解は、この当然のことを確認する以上の意味をもたず、「公訴事実の同一性」について、何らその内容を明らかにするものではないからである。

(4) そこで、本稿においては、刑訴法197条1項但書および同法312条1項について提示してきたこれらの「同意反復的解釈」の内容および問題性を改めて検証すると同時に、この種の「解釈」から脱却するための方策について考察することにしたい。⁽¹⁵⁾

- (1) 宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修733号（2009年）9頁以下。
- (2) 斎藤司「強制処分概念と任意捜査の限界に関する再検討」川崎英明＝白取祐司編『刑事訴訟法理論の探求』（日本評論社、2015年）26頁。
- (3) 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護——熟議による適正手続の実現を目指して』（弘文堂、2017年）282頁。
- (4) 松田岳士「強制処分概念をめぐる最近の議論について」阪大法学67巻6号（2018年）60頁。
- (5) 斎藤司「『議会の自己決定義務』と『法律の留保原則』、そして『強制処分法定主義』の意義」犯罪と刑罰29号（2020年）62頁。
- (6) 宇藤崇「『法律による捜査の原理』についての覚え書」山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集上巻』（成文堂、2021年）11頁。
- (7) 中川孝博「裸の強制処分法定主義」犯罪と刑罰29号（2020年）13頁。
- (8) 稲谷龍彦「刑事訴訟法解釈の方法」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望』（有斐閣、2021年）269頁注39)。
- (9) 井上正仁「強制捜査と任意捜査」（有斐閣、新版、2014年）9頁以下。
- (10) 松田・前掲注(4)61頁参照。
- (11) 松尾浩也『刑事訴訟法上』（弘文堂、新版、1999年）267頁。
- (12) 田宮裕編『刑事訴訟法I』（有斐閣、1975年）606頁〔田宮裕〕。

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

- (13) 松尾・前掲注(11)264頁以下。
- (14) 田宮・前掲注(12)606頁。
- (15) 本稿において検証対象とする諸見解の妥当性については、筆者は、既にいくつかの論稿（①松田・前掲注(4)33頁以下、②同「『審判対象論』の功罪（一）」阪大法学71巻5号（2022年）1頁以下、③同「『審判対象論』の功罪（二・完）」阪大法学71巻6号（2022年）1頁以下等）において検討してきたが、本稿においては、刑事訴訟法解釈の方法としての「同意反復的解釈」の妥当性という観点から改めて考察を加えることにしたい。

二 刑訴法197条1項但書の同意反復的解釈

(1) 刑訴法197条1項但書は、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」と定める。この「強制の処分」の意義をめぐっては、多くの議論が積み重ねられてきたが、とりわけ、これを「相手方の意思に反して」、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う」処分として定義する重要権利利益侵害説が「有力説」ないし「通説」とされるようになり、最近では、「規律密度」⁽¹⁶⁾論、「議会の自己決定義務」⁽¹⁷⁾論、「制度的差止」⁽¹⁸⁾論のように、捜査法において「特別の定」による授権ないし規制の対象とすべき処分はいかなる処分かという観点からこれを論じる見解が相次いで提示されるに至っている。

筆者は、以前、これらの見解に共通する問題点として、「捜査法において『特別の定』による授権ないし規制の対象とすべき処分はいかなる処分か」という問題に対する自己の主張を、刑訴法197条1項但書の『解釈論』の名を借りて展開しようとした結果、その文言を無視ないし軽視し、同規定を同意反復的なものにするか、あるいは、同規定の『捜査法』としての『法定主義』を『立法指針』⁽¹⁹⁾としてのそれとして読み替えるものとなっている」と指摘した。

これに対しては、「議会の自己決定義務」論の主張者から、同見解は、「強制処分法定主義の趣旨理解と『強制の処分』概念に意識を払いすぎたことなどに

より、両者を直結させることになってしまった」との認識が、また、「規律密度」論の主張者からは、同見解は、「トートロジーから脱出しているとは言えない」との認識が示されている一方で、「制度的差止」論の主張者からは、私見について、同見解に対し、「文言解釈の枠内に収まらない配慮を行う」という意味で、裁判所の法解釈の正統性やその制度的能力との関係で問題を生じる旨の批判を向けるものと理解した上で、「文言解釈を厳格に行うか否かと、裁判所が法に基づかない判断を行うか否かとの間には大きな差が存在」し、「文言解釈の厳格性と制度的能力の間にも関係はない」との反論らしきものが示されている。⁽²⁰⁾

しかしながら、このうち、裁判所の「制度的能力」との関係については、私見は、あくまで、同見解における「刑訴法197条1項但書を『制度的差止命令』として『活用』して『司法と政治部門との生産的なフィードバック』を起動させることによる『熟議を通じた法形成の動態的な展開』の実現という構想」が、刑事裁判所の「個別具体的事件の解決という……本来の任務」との間に種々の齟齬を生じさせるおそれを指摘したのであって、同見解が「文言解釈の枠内に収まらない配慮を行う」ことが、直接、「裁判所……の制度的能力との関係で問題を生じる」旨指摘するものではなく、ましてや、「文言解釈の厳格性と制度的能力の間」に「関係」があると主張するものではない。⁽²¹⁾

他方、「法解釈の正統性」、あるいは、「法に基づかない判断を行うか否か」の問題については、たしかに、一般的には、「文言解釈を厳格に行うか、行わないか」という問題と、裁判所の法解釈の正統性……の問題とは、基本的に無関係である」かもしれないが、それは、あくまで、それを「文言解釈」と呼ぶことができる限りにおいてであろう。すなわち、論者も指摘する通り、そもそも、「法律……の文言に一切の手がかりがない判断を行う場合には、もはや法解釈とは呼べない」ところ、私見は、「制度的差止」論が、まさしく、「強制の処分」という「文言に一切の手がかりがない判断を行う」ものであると指摘したのである。⁽²²⁾

より具体的には、「強制の処分」の文言に、これを、「ある捜査手続のエージェンシー・コストが民主主義の健全性を損なうほどに高いことに鑑み、その統

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

制に特別の法的規律を必要とする处分」と解するための「手がかり」を見つけるのは困難である。なぜなら、「強制」とは、「人の意思にかかわりなく、無理にあることをさせること」を意味し、したがって、その「相手方」および「意思」の要素を内包する概念というべきであるところ、同見解による「強制の处分」の定義には、このいずれの要素も見出すことができないからである。⁽²⁵⁾

もっとも、この点に関して、「制度的差止」論の主張者は、——直接には、同見解による「『強制の处分』という語の解釈が、文言の意味と乖離した解釈となる」とする別の論者による指摘に対してではあるが——「一定の条件の下で行使されなければ、非効率的となる権力作用について、『強制』という語を用いて記述したのは、筆者だけではない」という。具体的には、「1916年に公刊された論文で、デューイ〔が〕、法を目的達成のための実力 force の使用を定式化したものだとし、実力行使の正当化要件を相対的な効率性とした上で、暴力や不必要的強制とされるものは、目的達成にあたって無駄の多い、破壊的な手段のことだとしている」ことに言及し、「効率性の実現のために作動条件を法定すべき権力作用を、『強制の手段』と解する私見とデューイの見解との相違は大きくない」と言うのである。⁽²⁷⁾

しかしながら、——他の（著名な）論者による類似の「記述」が存在するからといって、同見解の妥当性が根拠づけられることになるかはさておくとしても——ここにおいて援用されたデューイの論文にあっても、「目的達成にあたって無駄の多い、破壊的な手段」は、あくまで「不必要的強制」として「記述」されているのであって、「強制」それ自体の定義とされているわけではない。⁽²⁸⁾ 実際、同論文は、他の箇所においても、「暴力または不適正な強制として正当に異議が申し立てられるのは、結果達成のために無駄の多い破壊的な手段を用いることである ([W]hat is justly objected to as violence or undue coercion is a reliance upon wasteful and destructive means of accomplishing results.)」としているばかりか、「道路規則を人に守らせるためにエネルギーを用いることは、強制力の一例である (To use energy to make a man observe the rule of the road is a case of coercive force.)」とも述べており、ここでは、「強制」自体は、その「相手方」の存在を想定した概念として用いられている

一方で、「目的達成にあたって無駄の多い、破壊的な手段」であることは、あくまで、その「不必要」性ないし「不適正」性の内容として言及されているものと考えられるのである。

いずれにしても、「制度的差止」論が「強制の処分」に与える「ある捜査手続のエージェンシー・コストが民主主義の健全性を損なうほどに高いことに鑑み、その統制に特別の法的規律を必要とする」処分という定義は、「強制の」という文言には「一切の手がかりがない」ものと言わざるをえないのであって、仮にこの定義の「手がかり」が、刑訴法197条1項但書の文言のいずれかに求められるとすれば、それは、「この法律に特別の定のある場合でなければ、⁽³⁰⁾……することができない」という部分をおいて他にないと言うべきであろう。しかし、そうであるとすれば、同見解は、「強制の」という文言の解釈の名の下に、実際には、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」という文言の解釈を提示していることになるが、このような解釈対象とする文言のすり替えは不適切と言わざるをえない。なぜなら、このことは、刑訴法197条1項但書を、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」旨定めるものとして理解した上でこれを「解釈」することを意味するが、このような同意反復は、規範としてはもちろん、そもそも文章としても意味をなさないことは明らかだからである。

以上の考察に理由があるとすれば、「制度的差止」論が提示する「強制の処分」の定義は、当の「強制の」という文言との関係では、「一切の手がかりがない判断を行う」ものであって、「もはや法解釈とは呼べない」ことになる一方で、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」という文言の解釈を「強制の」という文言の解釈の名の下に提示することによって、刑訴法197条1項但書を、およそ規範としての意味をなさない同意反復とみることに帰るのであり、少なくとも、同規定の「解釈論」としては、妥当とは言い難いのである。

したがって、その「解釈」は、その主体として誰を想定するかにかかわらず妥当性を欠くというべきであるが、同見解は、刑訴法197条1項但書を「制度

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

的差止命令」の一種として「活用」させるために、とくに裁判所に対して、このような「解釈」の必要性を説いている。しかし、このような「解釈」の下では、仮に裁判所が、同規定を規範としての意味をなさない同意反復として理解するのではないとすると、その文言に「一切の手がかりがない判断」を行うほかなくなるが、このような「判断」が、その「法解釈の正統性……との関係で問題を生じる」ことは、明らかである。

(2) もっとも、刑訴法197条1項但書に関するこのような同意反復的解釈の問題は、「制度的差止」論だけに見られるものではなく、「規律密度」論や「議会の自己決定義務」論にも、さらには、この点に関する「通説」とされ、これらの3見解もその基本的な問題関心を引き継いだものと考えられる重要権利利益侵害説においても確認することができる。

すなわち、重要権利利益侵害説は、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」を、「相手方の意思に反して、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う」処分として定義するが、この定義の下でも、「強制の処分」該当性の判断基準は、結局のところ、それが、「厳格な要件・手続」を「法定」する「必要のある」処分であるか否かに求められることになるという意味において、基本的に同意反復的な性質をもつものと考えられるのである。

たしかに、「制度的差止」論などとは異なり、重要権利利益侵害説は、「やはり、相手方の意思に反しても実施する（実力を用いて直接強行する場合のみならず、法的な義務を負わせるなど間接的な形で実現を図る場合をも含む）」というときにはじめて、『強制』といえる⁽³³⁾として、形の上では「強制」の文言ないし語義を考慮に入れているようにみえる。しかしながら、同見解は、その理由を、「同意ないし承諾とは権利・利益の放棄を意味し、従って、当の権利・利益の主体が同意ないし承諾する場合には、その権利・利益の侵害ということがそもそも問題とならない」ことに求めることによって、「相手方の意思に反しても実施する」という要素を、「権利・利益の侵害」という要素に還元⁽³⁴⁾してしまうのである。

そして、同見解が、このように、「強制の処分」を定義づけるに当たり、本

質的に「重要な権利・利益の侵害の有無を問題にする」のも、やはり、その文言ないし語義の解釈からではなく、むしろ、それが、「刑事訴訟法上の特別の根拠規定を必要とする」直接の理由となると考えるからなのであり、実際、同見解は、この点について次のように説明する。すなわち、「客観的にみて何ら保護されるべき権利や利益の侵害もないのに、ただ当事者の意思に反するからというだけで、刑事訴訟法上の特別の根拠規定を必要とするのは、過当な要求だと思われ」、しかも、「現行刑事訴訟法の強制処分に関する一連の規定をみると、そこに定められた要件や手続はかなり厳格なものであること」を考慮に入れると、「そのような法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、⁽³⁵⁾強制処分ということになる」。⁽³⁶⁾

このように、重要権利利益侵害説によって示された「強制の処分」の「解釈」も、「強制の」という文言ないし語義からではなく、直接、「特別の根拠規定を必要とする」処分、あるいは、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要〔が〕ある」処分とは何かという観点から導かれていくことからすれば、同見解も、実質的には、やはり、「強制の」という文言の「解釈」の名の下に、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」という文言の解釈を提示していることになる。そうであるとすれば、同見解も、刑訴法197条1項但書を、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」という同意反復的な規定として読み替えた上で、これを「解釈」していることになるのであって、少なくともその「解釈論」としては妥当とは言い難いように思われる。⁽³⁷⁾

(3) このように、重要権利利益侵害説、そして、そこから派生したとみられる「規律密度」論、「議会の自己決定義務」論、「制度的差止」論は、刑訴法197条1項但書について、「強制の処分」という文言の「解釈」の名を借りつつも、「強制」の語義に頓着することなく、一般的に、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」処分とは何かを論ずるものであり、結局のところ、「強制の処分」という文言を無視するか、さもなければ、

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

同規定を「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」という同意反復を定めるものと見ることに帰るのであって、その「解釈論」としては重大な問題を抱えていると言わざるをえない。⁽³⁸⁾

刑訴法197条1項但書は、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」という意味での「法定主義」の適用対象を、明示的に「強制の処分」に指定している。そうである以上、その趣旨については、上記の諸見解が行ってきたように、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」ものとして扱われるべき処分とは何かという一般的な問いの下でではなく、あくまで、「強制の処分」が、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」とされるのは何故かという問い合わせの下で説明されなければならないのである。

- (16) 宇藤・前掲注(1)9頁以下。
- (17) 斎藤・前掲注(2)26頁。
- (18) 稲谷・前掲注(3)282頁。
- (19) 松田①・前掲注(15)60頁。
- (20) 斎藤・前掲注(5)62頁。
- (21) 宇藤・前掲注(6)11頁。
- (22) 稲谷・前掲注(8)270頁注39)。
- (23) 松田①・前掲注(13)56頁参照。
- (24) 稲谷・前掲注(8)269頁注39)。
- (25) 松田①・前掲注(15)54頁。
- (26) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(3)国民の権利及び義務(2)・国会』(有斐閣、2020年) 239頁〔土井真一〕。
- (27) 稲谷・前掲注(8)269頁注39)。
- (28) Dewey, John "Force and Coercion," *International Journal of Ethics*, vol. 26, no. 3 (Apr., 1916) : pp. 361-62, 367.
- (29) Dewey, *op.cit.*, pp. 361, 367.
- (30) 実際、「制度的差止」論の主張者の関心事は、まさしく、「法律がなければ特定の捜査手法が実施できなくなる」という刑訴法197条1項但書の「効果」の「制度的差止命令」としての「活用」にある（小特集「強制・任意・プライバシー〔続〕」法律時報90巻1号（2018年）76頁〔稻谷龍彦発言〕参照）。

- (31) 稲谷・前掲注(8)269頁注39)。
- (32) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣、第3版、2021年) 12頁以下。
- (33) 井上・前掲注(9)9頁。
- (34) 松田岳士「『強制の処分』の定義と捜査妨害排除」阪大法学71巻3・4号(2021年) 40頁以下参照。
- (35) 井上・前掲注(9)21頁。
- (36) 井上・前掲注(9)12頁。
- (37) 最近では、主として実務関係者から、重要権利侵害説の下では、刑訴法197条1項但書は、「強制処分と任意処分を区別する基準として機能するものとはいえない」とか、「捜査規範として機能させることはできない」といった指摘がなされるに至っているが(順に、渡辺咲子「強制処分——任意処分との区別」明治学院大学法科大学院ローレビュー25巻(2017年)126頁、津田敬三「行為規範としての刑事訴訟法197条1項の解釈」慶應法学43号(2019年)41頁以下)、その理由も、結局のところ、同解釈が同意反復的なものであることに求められよう。
- (38) 刑訴法197条1項但書を、このような身も蓋もない同意反復とすることを回避するためには、「この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることはできない」という文言について(も)、その内容を実質的に変更するような「解釈」を提示する必要があろう。現に、上記の3見解は、それぞれの問題関心に基づき、同規定が定める「法定主義」を「捜査法」それ自体というよりも、むしろ、その「法定」の仕方を定める「立法指針」として読み替えるなど、その文言から逸脱した「解釈」を提示するものとなっている(松田岳士「刑事訴訟法197条1項但書の構造について」阪大法学70巻3・4号(2020年)114頁以下参照)。

三 刑訴法312条1項の同意反復的解釈

(1) 前節において確認されたような「同意反復的解釈」は、刑訴法学において、ひとり同法197条1項但書の「強制の処分」の意義をめぐる「解釈論」においてのみみられる現象ではない。それは、戦後、とりわけ現行刑訴法による職権主義から当事者主義への訴訟構造の転換を基礎理論に反映させるという問題関心の下に展開されてきた、⁽³⁹⁾ 刑訴法312条1項の「公訴事実の同一性」概念をめぐる議論においても、顕著な形で確認されるのである。

(2) 刑訴法312条1項は、「裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならない」旨定める（以下、「訴因又は罰条の追加、撤回又は変更」を、「訴因の変更」と省略する）。

同規定の「公訴事実の同一性」について、「通説」とされる総合評価説は、これを、「訴因・罰条の変更制度を媒介として、……一個の手続で処理できる」事実の範囲を画する「高度に評価的な観念」であるとし、その判断は、「訴因・罰条を変更しようとする場合と、一事不再理の効力によって再度の起訴を阻止する場合とでは、検察官と被告人との利害が逆転する……ので、あらかじめその両面を視野に入れて」、「〔訴因を構成する〕要素間の関係を総合的に評価し、検察官と被告人との間の対立利益を比較衡量して決定される」ものとする。⁽⁴⁰⁾ また、同説を支持する別の論者は、「公訴事実の同一性」を、「訴因変更の限界という機能概念にすぎぬもの」であり、「どの範囲で訴因変更を許し、1回の訴訟で事件を解決し、一事不再理の効力の発生を許すのが合理的か、という合目的的判断による」という意味において、「具体的な事情を総合評価するところの、バランスング・テストによる利益較量を本質とする」ものであると説明する。⁽⁴¹⁾

この総合評価説は、「公訴事実の同一性」概念について説明するものであるにもかかわらず、その文言に「手がかり」を求めるものではないどころか、むしろ、そのことを、正面から忌避するものである。

実際、同見解が、「公訴事実の同一性」を、「訴因・罰条の変更制度を媒介として、……一個の手続で処理できる」事実の範囲を画する「高度に評価的な観念」、あるいは、「訴因変更の限界という機能概念」であるとする背景には、両見解がその問題関心を継承する「審判対象論」における訴因対象説の主唱者による次のような問題認識がある。⁽⁴²⁾ すなわち、刑訴法312条1項の「公訴事実の同一性」とは、「訴因と訴因の関係をいうにすぎない」とすると、同法「256条で、起訴状に『公訴事実』を記載せよといふのは、おかしい」が、「立法者は、十分理論的に考えぬいて言葉を使っているわけでは〔ない〕し、とくに訴訟構造の変化を十分自覚していたとも思われ〔ない〕ので、言葉使いが完全では〔ない〕」から、「同じ言葉でも、違ったふうに解釈して、実質的な一貫性を持

たせるのが、解釈者の任務」であるという認識である。⁽⁴⁴⁾

その上で、総合評価説の主張者は、当事者主義の下では、「『訴因』 = 『公訴事実』」となり、「訴因対象説を徹底すれば、旧来の公訴事実の観念は無用になるはずだ」、あるいは、「起訴状に『訴因』という『表示』（項目）【が】ない」のは、「訴訟対象は訴因だという考え方……に立つ以上、不可解・不自然なこと」であり、「ほんとうは、256条2項の第2号は『公訴事実』の代わりに『訴因』と規定されるべきであった」としており、ここでは、「公訴事実」の文言を重視するどころか、むしろ、「温存された旧法的概念」として積極的に「無視」すべきことが主張されているのである。⁽⁴⁵⁾

しかしながら、このように、刑訴法が明文で定める「公訴事実」の概念を「抹殺」すべく「実質的に意味のないものにする」、あるいは、その「実体的意義を無内容化」して、刑訴法312条1項の「公訴事実の同一性」を、「訴因・罰条の変更制度を媒介として、……一個の手続で処理できる」事実の範囲を画する「高度に評価的な観念」、あるいは、「訴因変更の限界という機能概念」として理解することは、「実定法の文言に特段の意味を与えない」どころか、これを積極的に「無視」するものであるという意味において、「解釈論」として明らかに「異常な事態」であるというべきであろう。⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

他方で、同見解が、このように「公訴事実の同一性」の文言を「無視」なし「無内容化」しつつも、なお刑訴法312条1項の「解釈論」に留まろうとするならば、その文言への「手がかり」は、「訴因……の……変更を許さなければならない」という部分に求めざるを得ないものと考えられるが、この場合には、同見解は、「公訴事実の同一性を害しない」という文言の解釈の名の下に、「訴因の変更を許さなければならない」という文言の解釈を提示していることになる。しかしながら、このことは、同規定の「公訴事実の同一性を害しない」という文言を、「訴因の変更を許さなければならない」と読み替え、その結果、同規定を、「裁判所は、検察官の請求があるときは、訴因の変更を許さなければならぬ限りにおいて、訴因の変更を許さなければならない」という同意反復を定めるものとみることに帰するという意味において、同規定の解釈論としては、不適切であるというほかない。⁽⁵¹⁾

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

実際、この点については、総合評価説の主張者自身、「公訴事実の同一性は訴因変更の限界の問題であるから、問に対して問で答えていくに等しく、トーロギーに惰するおそれがある」ことを認めている。⁽⁵²⁾すなわち、刑訴法312条1項は、裁判所は、検察官の請求があるときは、「公訴事実の同一性を害しない限度において」、訴因の変更を許さなければならない旨定めるのであるから、「公訴事実の同一性」は、まさしく、「どの範囲で訴因変更を許」すかを画する概念にはかならないところ、「総合評価説」は、このことを改めて確認する以上の意味をもたないのである。

もっとも、この点について、同見解は、「公訴事実の同一性」の有無は、「訴因・罰条を変更しようとする場合と、一事不再理の効力によって再度の起訴を阻止する場合」とで逆転する当事者間の利害を比較衡量して判断される、あるいは、「どの範囲で訴因変更を許し、……一事不再理の効力の発生を許すのが合理的か、という合目的的判断による」として、同概念の「機能」を説明するに当たり、訴因変更が許される範囲に加えて、その「対立利益」である「一事不再理の効力」が及ぶ事実的範囲も考慮に入れてはいる。しかしながら、一般に、一事不再理の効力の事実的範囲は、「二重の危険禁止」の法理の下で、訴因変更が及ぶ範囲と一致するものと考えられているのであるから、前者の問題も、結局のところ、「どの範囲で訴因変更を許」すかという問題に帰することになる。⁽⁵³⁾また、同見解にいう「一個の手続で処理できる」、あるいは、「1回の訴訟で事件〔が〕解決」される事実の範囲とは、このように、訴因変更が許され、また、そうであるがゆえに一事不再理効が及ぶ事実の範囲の言い替えにすぎないから、これも、「どの範囲で訴因変更を許」すかという、刑訴法312条1項が、まさしく「公訴事実の同一性」概念によって画する問題に還元されることになるのであり、これと独立の意義をもつものではない。

(4) このように、総合評価説も、刑訴法312条1項について、同規定が、訴因変更が許される事実の範囲を、「公訴事実の同一性を害しない」範囲に明示的に限定していることを積極的に「無視」する一方で、同文言を、「訴因の変更を許さなければならない」と読み替える結果、同規定を、「裁判所は、検察官の請求があるときは、訴因の変更を許さなければならない範囲において、訴

因の変更を許さなければならない」という同意反復を定めるものとみることに帰するのであって、その解釈論としての妥当性には根本的な疑問がある。

- (39) 平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』(日本評論社、1967年) 4頁以下。
- (40) 古江・前掲注(32)275頁以下。
- (41) 松尾・前掲注(11)264頁以下。
- (42) 田宮・前掲注(12)606頁。
- (43) 実際、訴因対象説の主唱者も、「公訴事実の同一性」は、「訴訟上の合目的性に従って決定されなければならない」とした上で、訴因変更と既判力の範囲をめぐる検察官と被告人の「利害」を考慮に入れてその判断基準を導くべきであると説いている(平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)139頁)。
- (44) 平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣、1981年)31頁。
- (45) 松尾浩也「刑事訴訟法の基礎理論——その現代的状況についての一考察」法律時報48巻10号(1978年)41頁。
- (46) 田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣、新版、1996年)178頁。
- (47) 松尾・前掲注(45)41頁。
- (48) 三井誠「訴因制度の意義——訴因対象説の展開」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、1979年)124頁。
- (49) 酒巻匡「刑事訴訟法理論の現代的意義」井上正仁=酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、2013年)6頁
- (50) 古江頼隆「訴因の変更」法学教室364号(2011年)22頁以下。
- (51) 総合評価説の下では、「公訴事実の同一性」は、「訴因変更の限界を画する『機能概念』」に過ぎない以上、「『酒巻教授の同一性』でもなんでもよい」ということになるとの指摘がなされるのも(古江・前掲注(50)22頁)、このためであろう。
- (52) 田宮・前掲注(12)606頁。
- (53) 田宮・前掲注(12)596頁は、「訴因変更の限界を画するということは、その範囲で被告人は審判の危険にさらされるから、判決が確定すれば、二重の危険の効果=一事不再理の効力が働くことをも意味する」のであるから、「公訴事実の同一性とは、起訴状に書かれた公訴事実(訴因)を基準にこれを変更するのが妥当な範囲、したがって一事不再理の働く範囲はどの程度が妥当かという機能概念(相関概念)にはかならない」と説明している。

四 おわりに——同意反復的解釈からの脱却方法

(1) 刑訴法197条1項但書の「強制の処分」および312条1項の「公訴事実の同一性」の文言をめぐって提示されてきた上記の諸見解は、これらの（「要件」を定める）文言ないし語義に「一切の手がかりがない判断を行う」という意味において、「もはや法解釈とは呼べない」ものであり、その代わりに、各規定の他の（「効果」を定める）部分にその「手がかり」を求めることによって、これらの規定を、規範としての意味をなさない同意反復を定めるものとみることになる点において、妥当とは言いがたい。

にもかかわらず、これらの諸見解が、刑訴法197条1項但書および同法312条1項の「解釈論」として、「有力説」ないし「通説」とされてきた主たる理由は、これらの規定における「強制の処分」や「公訴事実の同一性」という「文言に固執すること」が、「明らかに立法趣旨に反した不合理な結論を導く」ものと考えられてきたことに求められるものと考えられる。しかしながら、そもそも、上記の諸見解においては、これらの文言に「固執する」どころか、むしろ、最初から文言が軽視ないし無視されていたのであって、「まずは日本語の通常の意味による解釈……を行ってみ」たものであるかどうかさえ疑問である。⁽⁵⁵⁾

(2) まず、刑訴法312条1項の「解釈論」として、総合評価説が「通説」とされてきたのは、一般に、「審判対象論」における訴因対象説——とりわけ、「審判の対象」は「嫌疑」ではなく、検察官の「主張」であると説く「審判の対象の性質」論——が通説化するなかで、「『公訴事実』という古い用語の残存に抵抗が感じられ」たにとどまらず、「立法者は、十分理論的に考えぬいて言葉を使っているわけでは〔ない〕し、とくに訴訟構造の変化を十分自覚していたとも思われ〔ない〕ので、言葉使いが完全では〔ない〕」から、「立案者の思い描いていた『公訴事実の同一性』の意味内容が訴因対象説にたつ限り到底首肯できないとすれば、〔実定法の文言に特段の意味を与えないという〕解釈の方向性も、万やむを得ない」との認識が、最初から議論の前提とされていたためではないかと考えられる。⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾

実際、総合評価説においては、「公訴事実の同一性」の判断基準を「刑罰関心の同一」に求める見解が示され、その後有力となつたが、この基準は、「公訴事実の同一性」という文言の解釈からよりよく導かれるものと考えられるにもかかわらず、同見解においては、敢えて、同判断の性質を、「どの範囲で訴因変更を許し、一回の訴訟で事件を解決し、一事不再理の効力の発生を許すのが合理的か、という合目的的判断」として理解することから導かれるものとして説明されるのである。⁽⁶⁰⁾

すなわち、「公訴」とは、検察官が、特定の事件について刑罰法令を適用実現するために裁判所の審判を求める意思表示であるものと解されるところ、このことからは、公訴の対象事実たる「公訴事実」の同一性は、検察官の「刑罰関心」、あるいは、検察官が追及する刑事責任の同一性を問題とするものであるとの解釈を容易に導くことができる。これに対して、「どの範囲で訴因変更を許し、一回の訴訟で事件を解決し、一事不再理の効力の発生を許すのが合理的か」という観点からは、たとえば、証拠が共通する範囲、防御内容が共通する範囲、追及される刑事責任が共通する範囲等、様々な判断基準が等しく合理的に妥当するのであって、そこから、「刑罰関心の同一」性という判断基準が一義的に導き出されるわけではない。にもかかわらず、この刑罰関心同一説が、敢えて「総合評価説を内に含んでいる」として、「公訴事実の同一性」を「訴因変更の限界設定のための機能概念（操作概念）」とすることによってその判断基準を根拠づけようとしたのは、同見解において、「公訴事実（の同一性）」という文言を「無内容化」することが最初から議論の目的ないし前提とされていたからにほかならないというべきであろう。⁽⁶¹⁾

(3) 他方、刑訴法197条1項但書との関係でも、重要権利利益侵害説が、「強制の」という文言の解釈からは直接は導き出されない「重要な権利・利益の侵害の有無」を問題としたのは、主として、「科学技術が発達し、それが犯罪の捜査にも応用されるようになると、必ずしも直接の物理的作用は伴わないものの、対象となる人のプライバシーその他の重要な権利や利益に重大な影響を及ぼすような手段……も現れてくる」ところ、「従来の考え方では、このような新たな捜査手段は強制処分とはいはず、従って、刑事訴訟法上特別の根拠規

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

定がなくても……実施することができるということになりそうであるが、事柄の実質からみて、そのような取扱いが適切であるかは疑問である」という問題関心からであった。また、このような問題関心を基本的に継承した「規律密度」論、「議会の自己決定義務」論、「制度的差止」論の関心も、最初から、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」の文言の方に向けられており、実際、これらの見解は、もっぱら「法定主義」の内容・趣旨および適用対象を、「強制の処分」という文言に頼着することなく——しかし、その解釈論の名の下に——一般的に議論してきたのである。

しかしながら、「強制の処分」の定義については、その文言ないし語義に着目するならば、これらの諸見解とは異なる観点からの考察が可能かつ必要となるものと考えられる。すなわち、「強制」の語が、誰かに、その「意思」にかかるわらず、あるいは、その「意思」に頼着せずに何かを行わせることを意味するすれば、同概念の意義を検討するには、まず、刑訴法197条1項但書において問題とされているのが、誰に対して何を「強制」することなのか、そして、誰の何についての「意思」を問題とするものなのかを特定する必要があるというべきであろう。なぜなら、「強制」ないし「意思」とは、抽象化された概念としてはともかく、実際上は、常に、特定の人の特定のことがらについての「強制」ないし「意思」でしかありえないところ、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」についても、誰に対して何を「強制」し、誰のいかなる「意思」に頼着しないことが問題とされているのかを特定することなくその意義を論ずることはできないものと考えられるからである。その上で、「強制」の概念が、特定の「個人」の「意思」に頼着するかどうか、あるいは、それを尊重するかどうかを問題とするものであるとすれば、その該当性を論ずる前提として、そもそも、捜査機関が、一定の捜査行為を行う際に、頼着ないし尊重すべき「意思」があるとすれば、それは誰のどのような内容の「意思」なのかが問われる必要があるようと思われる所以である。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾

このような問題関心の下に、筆者は、従前より、刑訴法197条1項但書の「強制」とは、当該行為による捜査目的達成への「協力」を「強制」することをいうとする「捜査協力強制説」を提唱してきた。これによれば、刑訴法197

条1項但書の趣旨は、次のように説明される。すなわち、捜査行為の中には、身体、住居、財産等、憲法上その不可侵性ないし排他性が保障される個人の私的領域に踏み込んで行われるものと、そうではないものがあるところ、前者の類型の行為については、捜査機関は、捜査目的達成のために必要であっても、当該個人の同意ないし承諾を得ることなくこれを行うことができないという意味において、その許容性は、基本的に、当該個人がこれに「協力」するか否かの「意思」に委ねられることになるのであり、その「意思」にかかわらず、あるいは、その「意思」に頓着せずにこれを実施するためには、それを許容する「特別の定」が必要となる。

ここでも、身体、住居、財産等の不可侵性といった「権利」が考慮されるが、それは、あくまで、捜査機関が一定の捜査行為を行う際に、特定の個人の「意思」を尊重すべき理由として、あるいは、一定の捜査行為の許容性が、特定の個人の「意思」に依存させられる、もしくは、特定の個人に捜査協力を拒否する権利が認められる法的根拠としてなのであって、重要権利利益侵害説のように、その「侵害」それ自体により「強制」性を根拠づける趣旨においてではないのである。⁽⁶⁷⁾

(4) このように、「公訴事実の同一性」についても、「強制の処分」についても、「文言に固執すること」が、「明らかに立法趣旨に反した不合理な結論を導く」などとは到底いえないのであるから、これらの規定についての解釈論は、同意反復的となることを回避するためにも、解釈の対象とされる当の文言に回帰する必要があるというべきであろう。

刑訴法も、他の法と同様、言語によって成り立つものである以上、当該文言と無関係の「解釈」は、実質的には、その「解釈」者のいわば「個人立法」を意味し、したがって、当該規範の恣意的な「利用」をもたらすおそれがある。法の文言に「一切の手がかりがない判断」は、解釈論の限界を超えるものとして、立法論（改正論）として提示されるべきなのである。⁽⁶⁸⁾

(54) 稲谷・前掲注(8)269頁注39)。

(55) 中川・前掲注(7)13頁は、「様々な理論を提唱する前に、まずは日本語の通常の意味による解釈、立法経緯を考慮する歴史解釈、そして規定の構造の整合性を

刑事訴訟法学における同意反復的解釈について

ふまえた論理解釈を行ってみる必要があり」り、「それらの解釈では耐え難い不都合が生じることが明らかになってはじめて、語義に合うか否かは重要なポイントではなくなり、目的論的解釈を競う前提条件が整う」とする。もっとも、この論者が「強制の処分」の文言について、この点について適切な検討を行っているかは別論である（松田・前掲注（38）99頁以下）。

- (56) 平野・前掲注（39）74頁。訴因対象説の理論的基礎であるこの審判対象の「性質」論は、実質的には、裁判所の役割または審判の目的を論じるものであり、そもそも審判の対象事実の「性質」の名の下に論じられるべきものであったかも疑問である（松田②・前掲注（13）7頁以下）。
- (57) 三井・前掲注（48）127頁。
- (58) 平野・前掲注（44）31頁。
- (59) 古江・前掲注（50）23頁。
- (60) 田宮・前掲注（12）606頁。
- (61) 松田③・前掲注（15）10頁以下。
- (62) 田宮・前掲注（46）206頁。
- (63) 井上・前掲注（9）3頁以下。
- (64) たとえば、刑訴法197条1項但書の趣旨説明の文脈において、処分対象者の「意思」が、基本的に、「同意ないし承諾」という形で問題とされるのも（井上・前掲注（9）9頁参照）、そこで問題とされるのが、特定のことがらについての「意思」だからであろう。
- (65) 松田・前掲注（34）40頁以下。
- (66) 松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）222頁以下。また、捜査協力強制説のその後の展開については、松田岳士「令状なしのGPS捜査が違法とされた事例」季刊刑事弁護91号（2017年）99頁以下、松田・前掲注（34）29頁以下も参照。
- (67) 捜査協力強制説については、たとえば、「実質的に何を意味し、実際上の帰結においていかなる差異をもたらすものなのかは、……理解不能である（井上・前掲注（9）8頁注9）」、「実質において従来の見解とどのように異なるのかは、必ずしも明らかではな」く、重要権利利益侵害説と「見かけほどに大きく異なるものではないようにも思われ〔る〕（大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室439号（2017年）71頁）」、あるいは、「協力強制だけで強制処分概念が決まるわけではなく、なお『住居、身体、財産等の個人の権利』が伴うことが目安となつてゐる」点において、「狙いどおりにトートロジーを脱しているかは判然としない（宇藤・前掲注（6）11頁）」といった指摘があることからすると、基本的な問題関心自体が十分に理解されてこなかったようである。この点については、その

「実際上の帰結の差異」も含め、稿を改めて論ずることとしたい（「捜査妨害排除」との関係を論じたものとして、松田・前掲注(34)29頁以下参照）。

- (68) もっとも、このことは、本稿において同意反復的解釈の例として挙げられた諸見解が、「立法論」として提示されていれば妥当であったということを必ずしも意味しない。実際、これらの見解による「強制の処分」および「公訴事実の同一性」の定義を、それぞれ刑訴法197条1項但書および同法312条1項に当てはめたときに、規範として妥当なものとなるかは疑問である。たとえば、総合評価説の下では、刑訴法312条1項の「公訴事実の同一性」を「審判対象の同一性」に読み替える必要が説かれるが（松尾・前掲注(45)41頁）、このことは、むしろ、訴追者と審判者の役割の峻別にその主眼をおく当事者主義の精神に背馳する結果となるものと考えられる（松田②・前掲注(13)2頁以下参照）。

* 本稿は、科学研究費補助金・基盤研究(C)「訴因論・判決理由論の再構成——公訴・防御・審判の対象事実論の体系的構築」（令和2～4年度）の研究成果の一部である。